

Privacidade, mercado e informação⁽¹⁾

Ronaldo Porto Macedo Júnior^(*)

Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: I – Privacidade e liberdade. II – Privacidade, mercado e informação: alguns exemplos. III – O direito social: normalidade e privacidade. IV – Conclusão

Abstract

A maneira como a nova imprensa brasileira vem transformando temas da vida privada em mercadoria de consumo, o debate sobre o sigilo bancário como garantia constitucional à privacidade e a comercialização de informações sobre consumidores, obtidas a partir de dados cadastrais, têm trazido à tona uma nova forma de articulação dos temas da privacidade, da informação e do mercado. O presente texto procura mostrar como o conceito operativo mais frequentemente utilizado pela dogmática jurídica no tratamento do direito à privacidade e intimidade reporta-se à idéia de liberdade negativa. Ocorre, contudo, que tal conceito, forjado por uma influente linhagem do pensamento liberal, não apresenta critérios claros e medidas consistentes sobre os limites da liberdade de cada um e, conseqüentemente, sobre os limites mínimos da privacidade que deve ser garantida a cada indivíduo. O conceito de liberdade positiva, i.e., liberdade enquanto autonomia, serve de elemento para a fixação de uma nova medida do direito à privacidade, sem, contudo, resolver o problema, na medida em que, no limite, a liberdade positiva significa a liberdade para obedecer. O artigo conclui pela necessidade da utilização de critérios pragmáticos (e não ideais e principiológicos) de mensuração da privacidade, a partir do conceito de normalidade. A privacidade normal seria aquela definida não por critérios transcendentais ou ideais, mas sim a partir das regras de julgamento social acerca do que é o limite provisório, adequado e reflexionante da medida do público e do privado. É a partir destas regras que se poderá estabelecer um sistema de regulação da informação no mercado e seus efeitos tendo-se em vista o direito à privacidade.

(*) Sociólogo, mestre em Filosofia e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo *Visiting Scholar* na *Harvard Law School* (1994/1996) Presidente do "Instituto de Estudos do Direito e da Cidadania"

(1) Texto preparado para o seminário da SELA (Seminário Latinoamericano de Teoria Constitucional e Política) (Mar del Plata, agosto de 1998)

I – Privacidade e liberdade

Apesar de ser possível traçar uma origem remota do conceito de direito à privacidade e à intimidade, a sua conceptualização atual surge somente no final do século XVIII, com o desenvolvimento do moderno conceito de liberdade, claramente percebido por Benjamin Constant em seu clássico texto "A liberdade dos modernos"⁽²⁾

O moderno conceito de direito à intimidade e à vida privada se apresenta como um direito à liberdade. Liberdade é aqui basicamente entendida em seu sentido de não impedimento, isto é, enquanto direito a fazer o que se bem entende, de estar só, de não ser incomodado, de se tomar decisões na esfera privada sem interferência estatal. Isto inclui a liberdade sexual, a liberdade de agir livremente no interior de seu domicílio, a liberdade de não revelar suas condutas íntimas e a liberdade de identidade.

É dentro de um marco ideológico liberal, no qual o Estado passa a ser visto como um "inimigo", que se forja o moderno conceito de privacidade. Antes de avaliar a sua validade atual, caberia analisar algumas das características desta formulação no horizonte ideológico liberal clássico (Locke, Mill, Constant etc.).

Os pensadores liberais clássicos acima referidos e os "novos liberais clássicos, especialmente Friedman e Hayek, procuram estabelecer uma relação direta entre liberdade de mercado e privacidade. O acesso a informações no mercado constitui tema consensual entre os liberais como sendo um elemento fundamental para o bom funcionamento do livre mercado.

A teoria econômica neoclássica tem enfatizado a importância da existência de um alto grau de informação entre os agentes econômicos, de modo a viabilizar o funcionamento ótimo no mercado⁽³⁾. O aumento de informações sobre produtos, fornecedores e consumidores serviria, assim, para a melhoria do funcionamento do mercado ou, ao menos, para a redução dos custos de transação envolvidos nas operações de mercado.⁽⁴⁾

Segundo o paradigma econômico neoclássico, quanto maior o número de informações que um consumidor puder obter para orientar suas decisões, maior será seu grau de liberdade para realizar suas escolhas

(2) "A liberdade dos modernos", in "Revista Filosofia Política", L& PM – UNICAMP/UFRGS, Porto Alegre, 1985.

(3) POSNER, Richard. *The economics of justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1994.

(4) WILLIAMSON, Oliver. *Transaction cost economics and organization theory*. In: Neil J Smelser e Richard Swedberg (editors), *The handbook of economic sociology*, Princeton, New York, Russell Sage Foundation, Princeton University, 1994.

racionalis. Para exemplificar tal idéia, poderíamos pensar na maior liberdade que imagina ter hoje o consumidor brasileiro por poder comprar carnes, bifes de "chorizo" argentinos ou "sirloins" americanos em seus supermercados em razão da diminuição das barreiras alfandegárias para a entrada de tais produtos no Brasil. O consumidor brasileiro de carnes teria adquirido maior liberdade para consumir, informar-se e comparar preços e produtos. Ele agora não está submetido às restrições de um mercado fechado que o impedia de saborear a boa carne estrangeira.

Caberia, contudo, perguntar: Até que ponto o mero aumento de informação serve atualmente de elemento para a efetiva ampliação do poder decisório do consumidor, ou ainda, para aumento de sua consciência no momento em que atua no mercado? Estudos sobre o conceito de racionalidade limitada ("*bounded rationality*") e sobrecarga de informação ("*overloaded information*") têm evidenciado que a equação: maior informação = maior capacidade de decisão consciente (e portanto, livre) freqüentemente não corresponde à realidade.⁽⁵⁾

Sabemos também que a globalização econômica tem acentuado um processo iniciado já no final dos anos 60 de formação de economias duais, marcadas por mercados de consumo e produção segmentados.⁽⁶⁾ Ademais, o impacto das informações sobre os consumidores mais sofisti-

(5) Diversos estudos demonstram a desvantagem do consumidor pobre em relação ao consumidor mais rico quanto à possibilidade de obtenção de melhores produtos e serviços. Dentre as razões usualmente elencadas estão: 1) o fato de que a população de baixa renda geralmente não pode comprar em grande quantidade porquanto não dispõe de grande soma de dinheiro, facilidades para estocagem e transporte. A compra em menores quantidades geralmente representa acréscimo substancial no custo de produtos; 2) a população de baixa renda geralmente não dispõe de carro e não pode se locomover aos locais de consumo mais baratos nem transportar os bens de lugares mais distantes; 3) o pobre geralmente é remunerado semanalmente e tende a fazer seu orçamento doméstico dentro de limitados períodos de tempo, o que impede o tipo de economia alcançada através do investimento de mais longo prazo; 4) os pobres geralmente não têm consciência das oportunidades para assegurar o valor dos bens e serviços que adquirem. Tal fator é geralmente devido ao baixo grau de educação e oportunidades educacionais a que estiveram expostos. Em outras palavras, os custos da transação costumam ser mais elevados para a população econômica e socialmente desfavorecida. Sobre o assunto o estudo pioneiro ainda é o de David Caplovitz, *The poor pay more: consumers practices of low income families*. New York, Free Press, 1963. Um estudo mais recente que chega a conclusões parecidas é o de Kenneth Macneil, John R. Nevin, David M. Trubek e Richard E. Miller, *Market discrimination against the poor and the impact of consumer disclosure laws: the used cars industry*, 13, *Law and Society Review*, Spring 1979. *As we forgive our debtors: Bankruptcy and Consumer Credit in America*, Teresa A. Sullivan, Elizabeth Warren, Jay Lawrence Westbrook, Oxford University, 1989. Sobre o assunto ver também de Thomas Wilhelmsson, *Information duties as means of protecting insurance consumers*, in *AJURIS*, RS, 1988 (anais do 1º Congresso Interamericano de Direito do Consumidor).

(6) Cfr. PIORE, Michael J. e SABEL, Charles. *The second industrial divide. Possibilities for prosperity*, NY, Basic Books, 1984.

cados e de maior escolaridade é bastante diferente daquele provocado sobre consumidores de baixa renda, baixo nível de escolaridade, alocados nos setores da retaguarda produtiva e economia informal. Neste caso, o aumento de informação pouco ou nada contribuiu para a formação de uma decisão de consumo mais livre e consciente.

Entretanto, o assim chamado direito à privacidade não se confunde com a garantia de divulgação de toda a informação disponível no mercado. Em outras palavras, nem toda a informação disponível no mercado favorece ou estimula a defesa da privacidade enquanto um direito autônomo. Quando e como o aumento de informação afetaria a privacidade enquanto direito à liberdade?

Evidentemente, nestes casos estamos nos referindo a um sentido bastante preciso de liberdade. Trata-se do conceito de liberdade negativa, i.e., a liberdade no sentido de não estar impedido de vender, comprar ou transacionar. Conforme aponta Milton Friedman:⁽⁷⁾ *"The basic requisite is the maintenance of law and order to prevent physical coercion of one individual by another and to enforce contracts voluntarily entered to, thus giving substance to 'private' (.) So long as effective freedom of exchange is maintained, the central feature of the market organization of economic activity is that it prevents one person from interfering with another in respect of most of his activities. The consumer is protected from coercion by the seller because of the presence of other sellers with whom he can deal. The seller is protected from coercion by the consumer because of other consumers to whom he can sell"*.

Para um liberal como Friedman, a liberdade deve ser entendida como não impedimento, não intromissão, a salvaguarda do espaço não regulado pelo Estado. Conforme aponta Isaiah Berlin: "Ser livre neste sentido (liberdade negativa) significa não sofrer interferências dos outros. Quanto mais ampla a área de não-interferência, mais ampla minha liberdade. Isso é que os filósofos políticos clássicos da Inglaterra queriam dizer quando usavam esta palavra. Não se colocavam de acordo quanto à extensão que poderia ou deveria ter esta determinada área. Supunham que, nas condições então predominantes, não poderia ser ilimitada, porque, se assim fosse, acarretaria uma situação em que todos os homens podiam ilimitadamente interferir na atuação de todos os outros; e este tipo de liberdade 'natural' levaria ao caos social. (.) Em consequência, aqueles pensadores presumem que a área de livre ação dos homens deve ser limitada pela lei. Mas também presumem, sobretudo os partidários do li-

(7) FRIEDMAN, Milton. *"Capitalism and freedom"*. Chicago, University of Chicago, 1962. Apud RAMSEY, Iain. *"Consumer protection text and materials"*. London, Weidenfeld and Nicolson, 1989, pág. 26.

vre arbítrio, como Locke e Mill na Inglaterra, e Constant e Tocqueville na França, que deveria haver uma certa área mínima de liberdade pessoal que não deve ser absolutamente violada, pois se seus limites forem invadidos, o indivíduo passará a dispor de uma área demasiado estreita mesmo para aquele desenvolvimento mínimo de suas faculdades naturais. (.) Segue-se daí a necessidade de traçar-se uma fronteira entre a área da vida privada e a da autoridade pública, onde deve ser traçada esta fronteira é questão de discutir ou mesmo regatear. (.) A liberdade do tubarão é a morte para as sardinhas – a liberdade de alguns precisa depender da limitação de outros".⁽⁸⁾

Para tal pensamento, é admissível sacrificar parte da liberdade em troca de outros valores, como, por exemplo, a justiça ou a igualdade. Assim, para evitar a desigualdade, posso sacrificar a liberdade ou parte dela. Não obstante, um sacrifício da liberdade, ainda que seja feito livremente, por justa razão, não representa nenhum acréscimo à minha liberdade individual, por maior que seja a necessidade moral que o provocou ou a compensação que dela derivou.⁽⁹⁾ Não obstante, é perfeitamente admissível que se afirme, como o faz Mill, que para que todos tenham um mínimo de liberdade, é necessário que todos sofram restrições, até por meio da força.

O desafio liberal clássico constitui-se, pois, em determinar qual é o mínimo essencial de liberdade pessoal necessário para que não degrademos ou neguemos nossa própria natureza. Mas o que constitui esta essência? Quais são os seus padrões mínimos? Para Mill, "a única liberdade que merece tal nome é a de perseguir nosso próprio bem a nosso próprio modo". Trata-se, pois, da *liberdade de*, i.e., a liberdade de fazer algo. Este conceito, contudo, é por demais vago e incapaz de oferecer uma medida sobre quando e como deveremos sacrificar nossa liberdade (negativa) em favor de outros interesses e valores.

Já foi muitas vezes salientado que a concepção negativa de liberdade não guarda nenhuma ligação direta e necessária com o conceito moderno de democracia.⁽¹⁰⁾ É bem possível pensar na existência de um "déspota liberal", na medida em que este resguarde o mínimo essencial de liberdade individual. A questão sobre os limites da interferência a que estou submetido é distinta daquela acerca de saber quem me governa. A questão agora é: quem me governa?

O conceito de liberdade positiva nasce desta segunda questão, relativa ao desejo do homem ser o seu próprio senhor e fazer com que sua

(8) "Dois conceitos de liberdade", in *"Quatro ensaios sobre a liberdade"*, UnB, Brasília, 1981, pág. 137.

(9) *Idem, ibidem*, pág. 138.

(10) Cfr. NORBERTO BOBBIO, *"Liberalismo e Democracia"*, Brasiliense, 1993 4ª edição, e GÉRARD LEBRUN, *"O que é poder?"*, Brasiliense, 3ª ed 1981, especialmente págs. 74 e segs.

vida e decisões dependam de si mesmo e não de forças externas. A liberdade no sentido positivo significa autonomia, autodomínio. (Como dirá Kant: "liberdade é obediência, mas obediência a uma lei que prescrevemos a nós mesmos").

A questão crucial que surge com o conceito de liberdade positiva reside na possibilidade de se admitir que a decisão do Estado, tomada com base na Razão, pode estar em contradição com o desejo e a liberdade (negativa) do indivíduo. Neste caso, se poderá afirmar que estes indivíduos, vítimas da "falsa consciência", estarão sendo incapazes de reconhecer o que é melhor para si mesmos e discernir o que realmente necessitam. Não se poderá afirmar, contudo, que não estejam sendo livres, ainda que sua percepção seja de dura e severa restrição de liberdade (negativa) ⁽¹¹⁾

É por tal motivo que se afirma que a concepção positiva de liberdade tem permitido a apresentação do tema da liberdade através da idéia de um homem dividido em duas personalidades. De um lado, há o controlador transcendente e dominante e, de outro, o feixe de desejos e paixões a ser disciplinado e dominado. Este é o paradoxo da liberdade

O tema da liberdade positiva apresentado pelos pensadores racionalistas ainda guarda uma outra dimensão bastante importante. Para racionalistas como Kant e Hegel, o único método para se atingir a liberdade é o uso da razão crítica e a compreensão do que é necessário e do que é apenas contingente. O conhecimento liberta. Ele nos liberta não por oferecer-nos possibilidades mais amplas entre as quais podemos fazer nossas escolhas, mas por preservar-nos da frustração de tentar o impossível ⁽¹²⁾. A liberdade torna-se, assim, a consciência da necessidade, conforme dirá Hegel

A liberdade, neste sentido de autogoverno racional, constitui-se no método por excelência para o governo dos indivíduos. Se o Estado deve ser racional, não poderei negar que o que é certo para mim deverá também ser o correto para os outros. Os homens racionais, por respeitarem os princípios da razão de cada homem, não deverão sentir o desejo de dominar aos outros. "A liberdade é agora o autodomínio, a eliminação dos desejos irracionais. Liberdade não é liberdade para fazer o que é irracional, obtuso ou errado. Forçar os eus empíricos a se adaptarem ao padrão certo não é tirania e, sim, liberação." ⁽¹³⁾ Num limite

(11) Na feliz síntese de I. Berlin: "Um coisa é dizer que posso ser coagido em meu próprio benefício e que sou cego demais para percebê-lo: isso poderá, naquele momento, ser bom para mim; na realidade, poderá ampliar o escopo de minha liberdade. Outra coisa é dizer que, se é para o meu bem, então não estou sendo coagido, pois eu o desejei, esteja ou não consciente disso, e que sou livre (ou "verdadeiramente" livre), mesmo quando meu pobre corpo e minha alma ingenuamente o recusam com firmeza e lutem contra aqueles que, por mais beneficentemente que seja, procuram impô-lo, com o maior desespero." In "Dois conceitos de liberdade", *op. cit.*, pág. 144

(12) "Dois conceitos de liberdade", *op. cit.*, pág. 151.

(13) *Idem, ibidem*, pág. 154

ideal, a liberdade coincide com a lei, e a autonomia coincide com a autoridade. ⁽¹⁴⁾

Num certo sentido, protestar contra as normas que regulam a censura significa dizer que entendemos intoleráveis as restrições à liberdade, porque estas são necessidades fundamentais dos homens numa sociedade boa, sadia ou normal. Toda sociedade admite a existência de outros valores além da liberdade, que com ela devem se harmonizar ou balancear, como a igualdade, a justiça, a felicidade, a segurança, a ordem pública etc. Admitir que a liberdade é um valor a prevalecer sobre os demais, significa dizer que necessitamos encontrar uma medida empírica ou apriorística para a sua defesa

O monismo e a fé racionalista na existência de um princípio ou de uma única medida como critério único sempre constituiu um elemento comum ao racionalismo moderno. Para um liberal como Isaiah Berlin, o pluralismo, enquanto admissão da existência de valores metafisicamente incomensuráveis, passa a ser um horizonte mais humano, uma vez que reconhece que as metas humanas são muitas e em perpétua rivalidade entre si. "Pressupor que todos os valores podem ser avaliados segundo uma escala, para que seja apenas caso de inspeção determinar qual é o mais alto, parece-me falsificar nosso conhecimento de que os homens são agentes livres para representarem a decisão moral de uma operação que uma régua poderia, em princípio, realizar" ⁽¹⁵⁾

II – Privacidade, mercado e informação: alguns exemplos

É curioso que seja o conceito negativo de liberdade aquele que vemos empregado pela doutrina e jurisprudência dominantes no Brasil, e na maioria dos países ocidentais, quando tratamos de temas como o conflito entre liberdade de imprensa e privacidade, liberdade de mercado e intimidade ou privacidade. Nos contextos de tais discussões jurídicas, a liberdade de imprensa é defendida como um valor que deve ser garantido *a priori*, independentemente das consequências e efeitos, a partir da suposição de que a

(14) Conforme aponta Berlin: "Apenas a verdade liberta, e o único modo pelo qual posso aprender a verdade é fazendo, às cegas e hoje, o que você, que sabe, me ordena fazer ou me coage a fazer, na certeza de que somente assim passarei a ter visão tão clara quanto a sua e serei tão livre quanto você". A verdade é que já nos afastamos de nossos fundamentos liberais. Esse argumento, empregado por Fichte em sua última fase e, depois dele, por outros defensores da autoridade, desde professores da era vitoriana e administradores coloniais até o mais recente ditador nacionalista ou comunista, é precisamente aquilo contra o que protesta a moralidade estoica ou kantiana em nome da razão do indivíduo livre que segue sua própria luz interior. Dessa forma, o argumento racionalista, com seu pressuposto de uma única solução verdadeira, tem levado (por níveis que, senão válidos do ponto de vista da lógica, são inteligíveis do ponto de vista da história e da psicologia) de uma doutrina ética de responsabilidade individual e da autoperfeição individual para um estado autoritário obediente às diretrizes de uma elite de guardiães platônicos" "Dois conceitos de liberdade", *op. cit.*, pág. 156.

(15) *Idem, ibidem*, *op. cit.*, pág. 169.

sua supressão sempre implicará num alto grau de prejuízos e desvantagens para aqueles que estiverem submetidos a um regime de falta de liberdade de imprensa.⁽¹⁶⁾ Neste sentido, a “boa razão” recomenda a defesa intransigente da liberdade de imprensa e a sua crítica não constitui senão um capítulo da má consciência ou “falsa liberdade”.

Nesta perspectiva, os assim chamados direitos de privacidade, garantidos por legislações constitucionais⁽¹⁷⁾ e infraconstitucionais vêm sendo invocados para a tutela destes interesses de privacidade.

A privacidade e a intimidade aparecem ora como conceitos do direito natural moderno (que podem ser referidos histórica e filosoficamente aos conceitos liberais de direito à propriedade e à liberdade,⁽¹⁸⁾ ora como conceitos que ganham autonomia dentro da moderna teoria dos direitos de personalidade, especialmente a partir do trabalho pioneiro de Warren e Brandeis e a moderna teoria dos Direitos Humanos.⁽¹⁹⁾

Da mesma forma, os conceitos de liberdade de mercado aparecem, dentro da tradição liberal, intrinsecamente ligados à doutrina dos direitos naturais de liberdade e propriedade. Como então traçar os limites de cada um dentro de uma perspectiva liberal? Quais são os limites para o mesmo direito da liberdade enquanto privacidade numa sociedade que garante a liberdade de mercado? Como saber se a liberdade do tubarão (mercado) não vai até a morte da sardinha (privacidade), e vice-versa? Esta questão nos traz à questão o já mencionado tema do paradoxo da liberdade. Este tema está na raiz da compatibilização dos princípios da liberdade de mercado, do controle da informação e da proteção da privacidade.

Paulatinamente vem se desenvolvendo uma nova abordagem jurídica ainda útil para a compreensão destes direitos. É sobre este segundo aspecto que gostaria de fazer meus comentários, tomando alguns exemplos para esta reflexão.

Em recente artigo sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr. relata uma nova situação vivida pelo jornalismo no Brasil. Comentando palestra

(16) Cf. JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, “Direito à intimidade e à vida privada. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informação pessoais, da vida e da morte”, Del Rey: Belo Horizonte, 1998.

(17) Por exemplo Constituição Federal do Brasil, art. 5º, X, que trata do direito à intimidade e à vida privada.

(18) Cf. “Direito à intimidade e à vida privada”, *op. cit.*, págs. 81 e 95.

(19) Bastaria lembrar, por exemplo, que o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 assim dispõe: “art. 12. 1. Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio, ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. 2. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”.

do jornalista brasileiro José Nêumane, Tércio informa que entre julho e agosto de 1994, o jornal “Folha de S. Paulo” (de maior tiragem no Brasil) praticamente dobrou a sua tiragem, passando de 650 mil para 1 milhão e 100 mil exemplares, enquanto seu concorrente “O Estado de S. Paulo”, no mesmo período, passou de 450 para 510 mil. A Folha teve um aumento de 90%, enquanto o Estado chegou a 13%. A razão para tal fato em grande medida está relacionada à estratégia de *marketing* adotada pela Folha com a publicação semanal do Atlas Geográfico do New York Times. O que estaria por detrás desta estratégia seria um fenômeno mais profundo, evidenciador de que a própria informação vem se transformando numa mercadoria simbolicamente de mesma natureza que o “brinde” que acompanhava o jornal. Conforme lembra Tércio Ferraz, no novo estilo de “*fast journalism*”, tão bem representado pela “Folha de S. Paulo”, “se misturam produtos de *marketing*, serviços para o leitor e notícias, de preferência as revelações escabrosas, escândalos e denúncias, capazes de satisfazer a enorme curiosidade do público da sociedade de consumo”. Ao mesmo tempo em que o jornal faz a denúncia (ainda que muitas vezes sem o devido apoio nos fatos apurados para fazê-lo), no dia seguinte publica o desmentido (produzindo assim nova manchetes), vendendo uma imagem de independência e imparcialidade.

O advento desta “nova” imprensa demanda um novo tratamento jurídico do tema da liberdade de imprensa. A publicação sistemática de informações sobre a privacidade de personalidades públicas (basta pensar nos inúmeros flagrantes e fofocas envolvendo a Princesa Diana), com a exclusiva finalidade de obter lucro com manchetes sensacionalistas não mais poderia ser tratada dentro do tradicional conflito constitucional entre liberdade de imprensa e direito à privacidade, conceitos metafisicamente incomensuráveis, mas sim no âmbito do direito comercial. Assim, para Nêumane, a utilização não autorizada de imagem deveria importar no direito da suposta vítima de participar dos lucros ou receber indenização pelos prejuízos dela decorrentes.⁽²⁰⁾

Um segundo exemplo retrata a questão da utilização da informação na sociedade de consumo. Recentemente começa-se a discutir sobre a eventual abusividade existente na comercialização de bancos de dados formados a partir de fichas cadastrais de consumidores, exigidos na celebração de contratos diversos (bancos, seguradoras, administradoras de cartões de crédito etc.), especialmente na forma de venda de “*mailing list*” selecionados de acordo com os interesses comerciais de outras empresas interessadas. A venda de informações pessoais contidas num cadastro fornecido a uma empresa para outra empresa configuraria uma violação do direito à privacidade e

(20) TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. “Liberdade de informação e privacidade ou o paradoxo da liberdade”, 1997, mimeo.

demandaria uma reparação com base nos princípios de privacidade (liberdade negativa) constitucionalmente assegurados, ou antes reclamaria uma participação e controle do consumidor (direto ou indireto) na utilização de seus dados com finalidades não autorizadas?

Um terceiro exemplo também mereceria reflexão. Trata-se do direito ao sigilo bancário, tema que freqüentemente tem despertado grande atenção dos estudiosos do tema da privacidade. Freqüentemente se quer eleger, ao menos no Brasil, o tema do sigilo dos rendimentos ao *status* de direito humano fundamental, garantido pelas cláusulas pétreas da Constituição Federal. Caberia indagar, no entanto, por que motivo este direito deve prevalecer sobre o interesse da sociedade em evitar evasão de recursos ou fraudes fiscais. Argumentos de ordem econômica certamente podem ser invocados em favor do respeito da privacidade e do segredo como elementos de estímulo ao bom funcionamento do mercado. Seria equivocado, contudo, imaginar que a garantia de um tal direito repousa exclusivamente sobre um princípio geral de direito fundado na liberdade.

A privacidade (enquanto liberdade negativa) envolve a idéia de que qualquer um é livre para comportar-se como bem quiser. Da mesma forma, qualquer um tem liberdade de informação na medida em que pode comportar-se como melhor lhe pareça, sem que ninguém nada tenha a ver com isso.

No entanto, tal dimensão de liberdade ou privacidade enquanto conceito negativo, i.e., liberdade de não ser vítima de interferência do Estado, não oferece nenhuma medida ou padrão positivo que nos permita saber até onde podemos agir. Até onde o tubarão poderá comer as sardinhas? Neste sentido, a liberdade é um conceito vazio.

A partir de tal dilema, a dogmática jurídica tem procurado estabelecer parâmetros a partir da consideração da finalidade do direito. Ser livre para quê? Ter liberdade de informação para quê? Ter liberdade de imprensa para quê? Ter liberdade de sigilo bancário para quê? Ter liberdade para não informar dados pessoais relevantes para que, ou contrariamente, ser obrigado a fornecer dados pessoais em tese considerados "privados" para quê? O problema que surge aqui é o risco de novamente estabelecermos um novo conflito entre medidas incomensuráveis. Afinal, qual é a finalidade que deve prevalecer? A finalidade da privacidade individual entendida como segredo pessoal, ou a finalidade do interesse social? Mas haveria interesse social na garantia da privacidade pessoal, como por exemplo o sigilo de dados quanto a rendimentos? ⁽²¹⁾ As dificuldades para o estabelecimento de uma medida jurídica operacional clara é patente

(21) Há vários argumentos de natureza econômica no sentido das vantagens de se manter um sistema de mercado que garanta o segredo. Cf. POSNER, "The economics of justice", *op. cit.*

nos recentes caminhos tomados pela jurisprudência brasileira, americana e européia sobre o assunto. ⁽²²⁾

Outra possível alternativa para o equacionamento deste problema seria admitir que o cerceamento da liberdade deve ser visto não apenas tendo em vista a finalidade, mas em razão do efeito que poderá gerar na conduta dos indivíduos. Em outras palavras, a discussão acerca dos limites da intervenção deve superar o plano meramente principiológico ⁽²³⁾ e buscar o seu critério nos efeitos empíricos e sociológicos da intervenção estatal.

Para encontrar um elemento prático, empírico, uma medida sociológica da intervenção estatal somos obrigados a procurá-los a partir não apenas de princípios gerais, mas da própria lógica de funcionamento do mercado e da mídia. Esta é a solução alvitada por José Nêumane, referida por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Ao invés de procurarmos elementos para o tratamento da liberdade pessoal ou privacidade em termos de princípios éticos, devemos procurar parâmetros numa ética de resultados que encontre nas medidas do próprio mercado (por exemplo o lucro que uma empresa teve a partir do uso da imagem de alguém) elementos mais seguros e eficazes de proteção jurídica. Para tanto, precisamos reconhecer que a nova imprensa não se comporta segundo os mesmos padrões da imprensa tradicional e que a informação na era do "fast journalism" também assume novos contornos.

Também no exemplo do sigilo de dados e informação sobre rendimentos e lucros, talvez devêssemos procurar na mesma ética de resultados os parâmetros para o exercício do direito à privacidade. Afinal, esta é a lógica geral do Direito Social moderno, no interior do qual a relação entre privacidade e mercado deve ser entendida. No Direito Social, a privacidade passa a ser vista como um direito à cidadania (e não mais do indivíduo), i.e., ao autogoverno, o que inclui o direito a delimitar de forma cambiante (normal) o que constitui a própria privacidade. Afinal, o próprio direito à cidadania no âmbito do direito social vem a se constituir no direito a definir o que são os direitos da cidadania (O direito a ter direitos).

III – O direito social: normalidade e privacidade

O direito social é basicamente um direito fundado num processo dinâmico de equilíbrio ("balancing") de interesses através de uma medida de normalidade cambiante. A noção de equilíbrio implica na idéia de escala e contrapeso. O equilíbrio é mantido porque um ponto equilibra o outro. A operação é, todavia, problemática, porque ao contrário do mer-

(22) Cf. "Direito à intimidade e à vida privada", *op. cit.*, sobre CEE.

(23) Ronald Dworkin, "Taking rights seriously", Cambridge, Harvard University, 1977.

cado – onde existe a medida do preço –, difícil é a quantificação do valor, da liberdade e da justiça. Há conflitos que importam em valores metafisicamente incomensuráveis, como, por exemplo, os conflitos entre o direito de moradia e o direito ambiental ou os conflitos entre o direito à privacidade e liberdade de mercado e as exigências de eficiência do mercado capitalista. O juízo em termos de equilíbrio pressupõe um princípio de equivalência, a possibilidade de determinar o valor relativo de cada valor, enfim de uma medida geral. A idéia de equilíbrio pressupõe um modo de avaliação coletivo. Neste sentido, implica numa socialização do julgamento, a qual se faz a partir de uma sociologização do julgamento⁽²⁴⁾

A sociologia torna-se o ramo do conhecimento que permite a determinação de uma medida e de um equivalente social para a mensuração dos valores e interesses e resolver os conflitos deles decorrentes. O Direito Social tem como fundamento a sociologia e não uma filosofia que busque critérios universais e transcendentais de medida. Evidentemente aí reside o caráter polêmico e explícita e intrinsecamente político do Direito Social.

É evidente que a normalidade sempre parecerá puro arbítrio aos olhos de liberais radicais como Hayek, Friedman, e talvez mesmo o moderado I. Berlin, que prefere apelar para um princípio de pluralismo e tolerância. Afinal, quais são os limites da normalidade? Dada a própria natureza reflexionante da norma não pode haver uma resposta teórica geral para esta pergunta. É possível, contudo, mensurar a objetividade da normalidade com auxílio de métodos quantitativos (por exemplo de custo e benefício), estatísticos e encontrar os princípios de justiça e equilíbrio pragmáticos presentes nos diversos ramos do direito.

Por fim, cabe salientar que no seio do “Welfare State”, que busca conciliar uma lógica econômica de mercado com princípios redistributivos de equilíbrio e solidariedade, há espaços para a coexistência de regras de

(24) Conforme afirma Ewald: “The judgement of balance, in the social law sense, is a normative judgement. Judging in terms of balance means judging the value of an action or a practice in its relationship to social normality, in terms of the customs and habits which at a certain moment are those of a given group. In therefore means judging relatively: the same act may at one time be punished at another not. What furnishes the principle of the sanction is not the intrinsic quality of the act, but its relationship to others: it is the abnormal, the abuse, the excess - what goes beyond a certain limit, a certain threshold, which in themselves are not natural but social and therefore variable with time and place. Not that the abnormal is amoral or wrong. Quite the contrary: it may be useful and necessary, like industrial development with its accompanying nuisances. But it introduces a social imbalance which it seems just to compensate for, in terms of a certain idea of equality in the collective distribution of burdens.” In: EWALD, François. “A concept of social law”. In “Dilemmas of law in the Welfare State”, Berlin, European University Institute, 1985, pág. 68. Ver também: EWALD, François, “Foucault. A norma e o direito”. Lisboa, Vega, 1993 e EWALD, François, “L'état providence”, Paris, Grasset, 1986.

julgamento de matriz liberal e de matriz social. Assim, no âmbito das regulamentações das relações de mercado, o princípio da liberdade de comércio e mercado permanece em vigor, malgrado esteja agora subordinado e mitigado pelos princípios do Direito Social.

Discutir apenas no plano dos princípios significa continuar a contestar o argumento liberal, ainda cheio de vigor no clima político atual, em seu campo de batalha epistemológico. É apenas opor princípios individualistas a princípios solidaristas ou comunitários. É insistir algo ingenuamente no lema “mais ética no direito”, acreditando que o “juiz Hércules” saberá encontrar o “bom direito”⁽²⁵⁾. Uma análise institucional, ao contrário, deve preocupar-se com a articulação macro de valores e princípios com a esfera micro dos problemas concretos e das formas como estes princípios se constituem e articulam seus efeitos. Conforme aponta Ewald, a matriz do Direito Social não é a filosofia do direito enquanto estudo de doutrinas e princípios, mas sim a sociologia, “na medida em que esta se constituiu historicamente como crítica da filosofia e suas abstrações metafísicas, em benefício de uma apreensão dos sujeitos e grupos sociais que as tomavam em sua realidade concreta”⁽²⁶⁾.

Diferentemente do que ocorre com a idéia de mercado e com o conceito liberal de liberdade negativa, a proteção do consumidor e da privacidade (vista como um direito à cidadania) reporta-se a uma concepção positiva de liberdade, a saber, a liberdade enquanto autonomia, e apoia-se na idéia de que o indivíduo não pode ser utilizado como um fim social. Dentro da perspectiva do direito do consumidor e da privacidade, esta concepção da liberdade enquanto autonomia representa a demanda por igual representação do consumidor em relação a outros grupos no processo de decisão sobre o grau de informação e de risco que deve ser tolerado na sociedade⁽²⁷⁾. Nesta mesma direção, comentando a relação entre direito à privacidade, liberdade de informação aponta Frosini: “En el marco de la civilización tecnológica, el ‘derecho a la privacidad’ se presenta como una nueva forma de libertad personal, que ya no es más la libertad negativa de rehusar o prohibir la utilización des informaciones sobre la propia persona, pero se convirtió en la libertad positiva de ejercer un derecho a control sobre los datos concernientes a la propia persona, que hayan ya salido de un archivo electrónico público o

(25) Sobre a imagem do “juiz Hércules” e do direito correto, ver de Ronald Dworkin, “Taking rights seriously”, op. cit., capítulo III.

(26) F. EWALD, “L'état providence”, op. cit., pág. 451.

(27) Vide DONALD DEWEES, FRANK MATHEWSON & MICHAEL IREBILCOK, “Policy alternatives in quality regulation”, In Donald Dewees (org), “The regulation of quality products, services workplaces and the environment”, Toronto, Butterworths, 1983, pág. 20.

privado. Esta es la libertad informatica: o sea el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en las tarjetas de un programa electrónico" (28)

Na medida em que o direito contemporâneo vai assumindo um caráter auto-reflexivo e procedimental, o processo de negociação e balanceamento de tais critérios e limites torna-se também político, de vez que a justiça acaba por ser tornar um compromisso sempre instável e sujeito a revisão de interesses organizados (29)

Para Stewart e Sunstein, "o conceito de valores comunitários na proteção do consumidor referem-se basicamente a valores como honestidade, boa-fé (*"fair dealing"*), socialização dos prejuízos, os quais não são redutíveis ao interesse egoísta do indivíduo, a sua eficiência econômica ou a proteção de direitos individuais" (30)

O debate sobre regulações de consumo e privacidade não pode se resumir, portanto, a uma mera relação de custo e benefício, mas reporta-se também, conforme sintetizam Sunstein e Stewart, "a um processo contínuo de decisão sobre qual tipo de sociedade a nossa deve ser – como a aversão ao risco, quão solícitos aos vulneráveis e quão desejosos de alocar recursos através do mercado e dos controles públicos" (31)

IV – Conclusão

Como vimos, o direito à privacidade nasce historicamente associado a uma concepção negativa de liberdade. Esta, quando confrontada com a liberdade de mercado enquanto outro princípio constitucional descreve uma situação de conflitos valorativos incomensuráveis de um ponto de vista liberal. O conceito de liberdade positiva não permite resolver tal conflito, na medida em que a autonomia não oferece uma medida jurídica para o balanceamento de conflitos entre os dois princípios. O que vemos, porém, é a necessidade de reportar-mo-nos a uma lógica de balanceamento de conflitos de caráter pragmático e reflexionante. Assim, por vezes a solução de conflito entre interesses se dará através da socialização dos

(28) FROSINI, *"Bancos de datos y tutela de la persona"*, pág. 24. Apud JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, "Direito à intimidade e à vida privada. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informação pessoais, da vida e da morte", Del Rey: Belo Horizonte, 1998, pág. 495.

(29) Vide de GUNTHER IEUBNER *"Autopoiesis in law and society"*. In *"Law and society review"*, n°18, 1984; (ed.), *"Autopoietic law. A new approach to law and society"*, op. cit.

(30) R. B. SUNSTEIN e C. R. STEWART, *"Public programs and private rights"*, 95, *Harvard Law Review*, 1982, 1193, pág. 1238.

(31) R. B. SUNSTEIN e C. R. STEWART, *"Public programs and private rights"*, 95, *Harvard Law Review*, 1982, pág. 1238.

lucros derivados do uso de informações da vida privada (uso de cadastro de bancos), outras vezes passará pelo controle direto através de agências reguladoras estatais ou não-estatais. A medida deste equilíbrio, é certo, deverá levar em conta as mudanças do mercado (especialmente os mercados de informações), não se fixando em premissas ou princípios *a priori* ou transcendentalmente definíveis.